

O DIREITO DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR É UM DIREITO DA PERSONALIDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE?

Carlos Alexandre Moraes¹

Diego Fernandes Vieira²

Resumo: Esta pesquisa tem o objetivo de verificar se o direito de convivência familiar da criança e do adolescente pode ser considerado um direito da personalidade e quais os reflexos desse direito sobre o infante. De forma satisfatória, com o trabalho se concluiu, que o direito de convivência familiar é um direito muito mais do filho que dos pais, encontrando-se no rol dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, os quais objetivam tutelar e efetivar os direitos da personalidade, visto que o que se pretende proteger é o núcleo desses direitos, ou seja, a dignidade da pessoa humana.

Palavras-Chave: Desenvolvimento. Integridade psicofísica. Parentalidade responsável. Poder familiar.

¹ Pós-Doutor em Direito pela Unicesumar. Doutor em Direito pela Fadisep e Doutor em Ciências da Educação pela Upap. Mestre em Ciências Jurídicas pela Unicesumar. Professor do Programa de pós-graduação Stricto Sensu - Mestrado da Unicesumar. Professor dos Cursos de Graduação em Direito da UniCesumar e da Univel. Coordenador e Professor dos Cursos de pós-graduação lato sensu em Direito da Faculdade Dom Bosco Maringá e Instituto Carlos Alexandre Moraes - ICAM. Avaliador dos Cursos de Direito do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais (INEP/MEC). Palestrante. Autor de livros. Advogado.

² Mestrando no Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá – Unicesumar – Bolsista do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares (PROSUP/CAPES); Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Maringá – Unicesumar; Graduando em Administração pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci – Uniasselvi; Integrante do Grupo de Pesquisa “Reconhecimento e garantia dos direitos da personalidade”.

IS THE RIGHT OF FAMILY COEXISTENCE A RIGHT OF THE PERSONALITY OF CHILDREN AND ADOLESCENTS ?

Abstract: Scientific research has the objective of verifying whether the right of family life of the child and the adolescent are found to be a right of the personality and what are the consequences of this to the developing person who is the infant. It has satisfactorily achieved the result that the right of family coexistence is a much more right of the child than of the parents, finding itself in the roll of the fundamental rights of the child and the adolescent, that has the intention to protect and to realize the rights of the personality , since what is intended to protect is the core of these rights, which is human dignity.

Keywords: Development. Psychophysical integrity. Responsible parenting. Family power.

INTRODUÇÃO



ordem jurídica, os princípios e os valores pelos quais se pautam a sociedade foram alterados com o advento da Constituição Federal de 1988, que elevou a dignidade humana a um patamar nunca visto na história do direito brasileiro. Com essa inauguração principiológica, a família recebeu um tratamento especial, em que se evidenciam novos paradigmas tanto para os pais como para os filhos e, como consequência, também para as relações familiares.

Toda a legislação infraconstitucional seguiu essa concepção jurídica que valoriza o ser humano e seus bens subjetivos, visto a substituição do pátrio poder pelo poder familiar, a igualdade entre os cônjuges, igualdade entre os filhos independente da forma como a relação de filiação foi constituída, além

da despatrimonialização da família. Tal concepção ainda colocou a família como sendo um instituto e ambiente de realização pessoal e bem-estar, além de desenvolvimento de seus integrantes.

A convivência familiar (visitas), que antes era vista como sendo apenas um direito dos ascendentes, tornou-se também e principalmente um direito do descendente, considerada a especial condição de vulnerabilidade em que este se encontra por estar em desenvolvimento e dependente dos ascendentes para praticamente todos os atos de sua vida.

O foco deste trabalho é entender se esse é um direito fundamental ou um direito da personalidade e também perceber se quando existir uma lesão ou violação do direito de outrem - independentemente da natureza do direito de convivência - é possível se pleitear uma indenização a título reparatório, a fim de se proteger a dignidade humana. A partir disso, é possível entender e pensar as formas de se tutelar e garantir esse direito em face da criança e do adolescente, não permitindo violações a este ser em desenvolvimento por parte das pessoas que mais deveriam protegê-lo.

Utilizou-se aqui do método hipotético dedutivo por meio de uma análise qualitativa, pautando-se em pesquisa bibliográfica e documental, a fim de demonstrar com clareza tais aspectos relacionados aos direitos da criança e do adolescente.

Partiu-se do conceito do que seria o direito à convivência familiar e de como esse direito se realiza no mundo fático, para, em seguida, compreender os direitos da personalidade e suas nuances, bem como a existência de uma cláusula geral de proteção à pessoa no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, passou-se à análise crítica da categorização do direito à convivência familiar e evidenciou-se qual o entendimento que deverá prevalecer na doutrina e na jurisprudência, para fins de proteção e do melhor interesse da criança e do adolescente.

1. DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR (VISITAS) E OS DIREITOS INFANTO-JUVENIS

O ambiente familiar e seus integrantes são responsáveis pela construção e molde do desenvolvimento psicofísico da criança (FRAGA, 2005), de modo que a qualidade de tais relações afetivas e relacionais é de extrema importância para o menor (LEITE, 1997), uma vez que a criança e o adolescente precisam, quase de forma vital, receber afeto tanto físico quanto emocional de seus pais, de modo a receberem, assim, suporte para a vida em sociedade (MADALENO, 2007). O Direito de Família deve ser sempre analisado “do ponto de vista do afeto, do amor que deve existir entre as pessoas, da ética, da valorização da pessoa e da sua dignidade, do solidarismo social e da isonomia constitucional” (TARTUCE, 2015, p. 4). Dessa forma, a família deve existir fundamentada nas relações de afeto entre seus membros.

Pode-se afirmar que atualmente o “Direito de Família é baseado mais na afetividade do que na estrita legalidade, frase que é sempre repetida e que pode ser atribuída a Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (TARTUCE, 2015, p. 5).

Não é relevante se o vínculo filial é de ordem genética, civil ou socioafetiva, visto que o poder familiar e os deveres que advém deste não levam em conta a forma como se constituiu o vínculo, mas a existência dele.

Atualmente, com a constitucionalização do direito civil de modo a abranger o direito de família, coloca-se em foco “a solidariedade, o respeito à dignidade das pessoas que a integram” (LÔBO, 2008, p. 5), sendo esse o fundamento dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal de 1988. Assim, converte-se a família em um espaço de realização da afetividade humana, incumbindo-lhe a nova função de repersonalização das relações civis valorizando o ser muito além do ter e colocando bens imateriais acima dos bens materiais. “É a recusa da coisificação ou reificação da pessoa, para ressaltar sua dignidade” (LÔBO,

2008, p. 11).

De forma pontual, José Sebastião de Oliveira (2002) entende que, ao se fazer uma análise dos artigos e princípios constitucionais voltados para as famílias da atualidade é possível entender o quão importante às normas tipificadas e *principiológica* são para a sociedade e para o Estado, e também para todas as ramificações relacionais inerentes ao instituto familiar.

A atual codificação familiar redignificou o filho, bem como todos os integrantes da família como um todo, e passou a valorizá-lo dentro do núcleo familiar, protegendo, assim, a dignidade humana de cada um (MADALENO, 2007). Isso fez ainda com que não fossem mais aceitos atos lesivos a estes indivíduos, principalmente das pessoas que mais deveriam protegê-los.

Tal processo gerou, ainda, uma personalização do direito civil, o qual seria a partir de então guiado para a concretização da tutela da pessoa, considerada como ser único e detentor de dignidade, de certa forma despatrimonializando o direito (MELLO, 2003).

Essa alteração no ordenamento jurídico também passou a incumbir a família de se proteger a criança e o adolescente de qualquer forma de violência (art. 227 da CF), tendo os pais o dever de guarda e de educação dos filhos menores (art. 22 do ECA e 1.566, IV, do CC). A família assumiu, após a Constituição Federal de 1988, outras funções além da patrimonial, sendo um ambiente que serve como estimulante para a “realização pessoal dos seus membros, potencializando o desenvolvimento deles; de assistência moral e psicológica, como apoio aos seus integrantes nos embates normais da vida cotidiana, no que se refere à formação pessoal dos filhos, intransferível a outros setores sociais” (OLIVEIRA, 2007).

A convivência familiar também é amplamente conhecida como “visitas” - termo um tanto impróprio, visto que carrega uma carga terminológica relacionada a “uma cortesia de ir e ver alguém em sua residência” (MADALENO, 2019, p. 475), não

expressando toda a complexidade e amplitude desse direito (OTERO, 2012). Nesse mesmo entendimento, Maria Berenice Dias (2017, p. 557) reforça que a sociedade como um todo continua a utilizar o termo “direito de visitas, expressão de todo inadequada, pois os encargos inerentes ao poder familiar não se limitam a assegurar ao genitor o direito de ter o filho em sua companhia em determinados períodos de tempo”. Visto que não abarca todas as questões envolvidas a este direito, que almeja a criação, manutenção ou surgimento do afeto por meio do convívio físico, afetivo e relacional entre o genitor não guardião e o filho.

O direito de convivência familiar ou regime de relacionamento “é um direito conferido a todas as pessoas unidas por laços de afeto, de manterem a convivência e o intercâmbio espiritual quando estas vias de interação tiverem sido rompidas pela separação física dos personagens” (MADALENO, 2007, p. 119). Já na concepção de Maria Berenice Dias (2017, p. 557), esse direito se traduz como um direito que “não é assegurado somente ao pai ou à mãe, é direito do próprio filho de com eles conviver, o que reforça os vínculos paterno e materno-filial”. É um direito da criança que se traduz no contato com os genitores, principalmente com aquele que não convive cotidianamente, existindo então o dever deste genitor em efetivar tal direito (BRUNO, 2003).

Lembrando-se sempre que esse convívio não se traduz em divisão de tempo igualitário, de forma matemática entre os pais. Posto que a igualdade de direitos e deveres dos pais em face do menor não se mede pela igualdade na divisão do tempo de convívio físico com a criança, mas sim pela igualdade na perspectiva dos cuidados e dos afetos, elementos que ajudam a compor a harmonia familiar (SOTTOMAYOR, 2014).

Em face dos genitores, o direito de convivência é tido como um “direito-dever dos pais que não têm a guarda de manter a convivência e os laços afetivos com seu filho e no interesse deste” (BOSCHI, 2005, p. 35). A convivência familiar para com

os genitores está muito mais atrelada a uma obrigação de fazer, a um ato positivo em face da criança do que propriamente a um direito, pois, seguindo os ditames do princípio da parentalidade responsável, visa o melhor interesse da criança e a própria dignidade humana, cabendo aos genitores despender o devido cuidado e zelo em face da prole, incluindo nisso conviver com a mesma.

Os pais estão obrigados a participar de forma efetiva da vida dos filhos, pois caso ocorra a omissão desse dever jurídico, além de moral, ocasionará a responsabilização por efeitos danosos irreversíveis na vida e formação da personalidade do filho (RIZZARDO, 2005).

Quando se entendem as visitas como sendo muito mais um direito infanto-juvenil, atrelado a essa pessoa vulnerável e em desenvolvimento, do que uma simples obrigação moral dos pais, se permite pensar em uma tutela jurídica para este direito e em formas de ele ser efetivado frente ao descumprimento do dever parental. De fato, as visitas já representaram um direito somente dos ascendentes, e não se configuravam como uma obrigação jurídica, mas simplesmente moral, sendo que a ausência de sua efetivação era vista apenas como uma transgressão ao bom-senso, pois o dever relacionado a esse assunto não transpunha o foro da consciência (BITTENCOURT, 1984).

Com a evolução do direito como um todo e do direito de família em vistas das mudanças de paradigmas e valores, o direito e dever das visitas ou de conversação traz consigo um conteúdo que tende primeiro à proteção do menor e ao respeito ao princípio do melhor interesse da criança, tendo uma extensão bem mais abrangente do que uma faculdade de visitar a criança e alojá-la por algumas horas ou dias (MADALENO, 2019). Na verdade, tal direito/dever impõe de maneira jurídica e moral uma comunicação e contínua correspondência entre o menor e seus ascendentes.

Os pais, avós ou outras pessoas (parentes ou não) tem o

direito de se corresponder livremente com a criança ou com o adolescente com o qual possui um vínculo afetivo (BITTENCOURT, 1984). Nesse sentido, em relação ao direito dos avós vale lembrar que:

Os enunciados aprovados na *IV Jornada de Direito Civil*, evento realizado em outubro de 2006, acompanhavam a tendência civil-constitucional de se pensar sempre no melhor interesse da criança e do adolescente. Nessa esteira, o Enunciado n. 333 CJF/STJ determina que “O direito de visita pode ser entendido aos avós e pessoas com as quais a criança ou o adolescente mantenha vínculo afetivo, atendendo ao seu melhor interesse”. Note-se que a extensão do direito de visitas a terceiros, sejam eles parentes ou não da criança ou do adolescente, fica garantida por força da interpretação constitucional do Código Civil. Em razão do teor do enunciado doutrinário citado, o ex-marido da mãe da criança, o padrasto, que com ela criou laços afetivos, tem direito de visitas, sempre atendendo ao melhor interesse da criança e do adolescente. Também têm o direito de visitas os irmãos do menor. (TARTUCE, 2019, p. 285)

Mas, para além desse direito, tem o dever de respeitar e exercitar o convívio com o menor, prevalecendo assim, o respeito à dignidade humana dessa pessoa que se encontra em formação, podendo ser “passíveis de punição e de reparação material os deveres parentais deliberadamente omitidos e cuja desatenção importa em uma afetação moral ao menor” (MADALENO, 2019, p. 477).

O art. 1.589 do Código Civil traz em seu texto que os pais que não detém a guarda dos filhos poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, da mesma maneira que cabe a eles fiscalizar sua manutenção e educação. Todavia, esse termo utilizado – “poderá” – dá o sentido de ser uma faculdade do genitor de exercer ou não estas visitas. Entretanto, isso se perfaz, em realidade, como “um dever que os genitores devem exercer a fim de atender os superiores interesses da criança e adolescente preconizados pelo artigo 227 da Constituição Federal” (MADALENO, 2019, p. 481). Nessa perspectiva;

Em complemento, anote-se que a jurisprudência superior,

seguindo a doutrina majoritária de Rolf Madaleno e Maria Benrice Dias, entende que a incidência de multa diária ou *astreintes* é juridicamente possível quando o genitor detentor da guarda da criança descumpre acordo homologado judicialmente sobre o regime de visitas. Conforme o aresto, “o direito de visitação tem por finalidade manter o relacionamento da filha com o genitor não guardião, que também compõe o seu núcleo familiar, interrompido pela separação judicial ou por outro motivo, tratando-se de uma manifestação do direito fundamental de convivência familiar garantido pela Constituição Federal. A cláusula geral do melhor interesse da criança e do adolescente, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, recomenda que o Poder Judiciário cumpra o dever de protegê-las, valendo-se dos mecanismos processuais existentes, de modo a garantir e facilitar a convivência da filha com o visitante nos dias e na forma previamente ajustadas, e coibir a guardiã de criar obstáculos para o cumprimento do acordo firmado com a chancela judicial”. Diante dessas afirmações, conclui-se que “a aplicação das *astreintes* em hipótese de descumprimento do regime de visitas por parte do genitor, detentor da guarda da criança, se mostra um instrumento eficiente, e, também, menos drástico para o bom desenvolvimento da personalidade da criança, que merece proteção integral e sem limitações. Prevalência do direito de toda criança à convivência familiar” (STJ, REsp 1.481.531/SP, 3.^a Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 16.02.2017, *DJe* 07.03.2017). (TARTUCE, 2019, p. 1.216)

A Convenção dos Direitos da Criança em seu artigo 9.3³, estipula o direito da criança e do adolescente de manter de forma regular as relações parentais, perpassando ainda esse direito pelos ditames do instituto do poder familiar, que antes era denominado pátrio poder. “Ainda quando os pais estejam separados, o filho menor tem direito à convivência familiar com cada um, não podendo o guardião impedir o acesso ao outro, com restrições

³ Artigo 9º, item 3. Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 11 jul. 2019.

indevidas” (LÔBO, 2008, p. 53).

Em face de todas essas questões, encontra-se o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que se traduz como sendo um mandamento legal que eleva os interesses desses como sendo prioridade tanto na elaboração legislativa quanto na aplicação dos direitos já garantidos, a proteção à criança deve ser integral (TARTUCE, 2015). Não se pode entender esse princípio apenas como uma recomendação ética, sendo, na verdade, uma diretriz determinante no que tange às relações familiares da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado (LÔBO, 2008). O grande desafio da atualidade é converter de forma prática a população infanto-juvenil em sujeitos detentores de direitos próprios e possuindo uma dignidade própria a ser respeitada e, assim, “deixar de ser tratada como objeto passivo, passando a ser, como os adultos, titular de direitos juridicamente protegidos” (PEREIRA, 2000, p. 36).

Todas as pessoas são vulneráveis em certo grau. Todavia, algumas pessoas têm essa vulnerabilidade potencializada (BARBOZA, 2009), pois se encontram impedidas ou têm diminuída a possibilidade de exercer os atos da vida civil e seus direitos de forma plena. Por esse motivo, precisam dessa proteção especial do Estado, da sociedade e da família.

A criança e o adolescente são pessoas vulneráveis por excelência, visto que se encontram em processo de crescimento, desenvolvimento e transformação tanto no que se refere aos aspectos fisiológicos quanto no psíquico (CABRERA; WAGNER; FREITAS, 2006). Essa é a fase da vida em que se encontram em maior fragilidade psíquica, pois estão em um momento da formação de sua personalidade e construção do “eu” e de seus sentimentos (CARDIN; MOCHI, 2018).

O ser humano é construído dia após dia, constantemente em desenvolvimento e formação de sua personalidade, todavia, os primeiros anos de vida da criança são extremamente decisivos

para a estruturação de sua personalidade e de todos seus outros aspectos subjetivos e relacionais (NOVAES, 2000). Por esse motivo, faz-se imperioso que seja proporcionado ao menor, principalmente nessa etapa de sua vida, condições favoráveis ao seu desenvolvimento como ser humano e, por consequência, de sua personalidade.

A pessoa precisa de um frequente e consistente relacionamento parental com um adulto em sua infância, perdurando-se essa dependência psíquica enquanto durar a dependência física. Assim, as potencialidades da pessoa só se desenvolverão de forma saudável e plena se, em sua infância, ela teve um ambiente familiar de incentivo e compreensão (GOLDSTEIN; FREUD; SOLNIT, 1987).

É importante frisar que, para Donald Winnicott, ter uma maturidade emocional é um dos pontos mais relevantes para se ter uma vida saudável, a qual só será alcançada “num contexto em que a família proporcione um caminho de transição entre o cuidado dos pais (ou da mãe) e a vida social” (WINNICOTT, 1997, p. 134-136).

A figura dos pais é algo indispensável para que haja o desenvolvimento psíquico, emocional, social, espiritual, físico e moral da criança que se encontra em um arranjo familiar, sendo que cada membro da família exerce um papel fundamental na construção desse ser humano (CARDIN; MOCHI, 2018). Desse modo, quando existe uma falha nesta prestação afetiva e relacional dos pais para com os filhos, estes últimos podem se tornar adultos problemáticos (MADALENO; MADALENO, 2018).

Os atos realizados no gozo da liberdade individual, quando atrelados às obrigações e responsabilidades parentais, devem sempre se pautar no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, não podendo qualquer um dos pais violar os direitos de seu filho, com a justificativa legal do inciso II, do artigo 5.º da Constituição Federal (BRASIL, 1988) “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em

virtude de lei”. Nesse sentido, existe ainda uma presunção do interesse da criança no que tange à aproximação desta com seus pais e avós (BITTENCOURT, 1984).

Os filhos possuem o direito de conviver com seus pais e tem também a necessidade intrínseca de receber afeto dos mesmos, “porque cada genitor tem uma função específica no desenvolvimento da estrutura psíquica da prole” (MADALENO, 2007, p. 120). É por esse motivo que existe atualmente um movimento jurisprudencial em favor de tal direito, condenando genitores ao pagamento de indenização em face do dano moral causado pelo abandono afetivo.

A omissão injustificada de qualquer dos pais no provimento das necessidades físicas e emocionais dos filhos sob o poder parental ou o seu proceder malicioso, relegando descendentes ou abandonando e ao desprezo, tem propiciado o sentimento jurisprudencial e doutrinário de proteção e de reparo ao dano psíquico causado pela privação do afeto na formação da personalidade da pessoa (MADALENO, 2007, p. 113).

Logo, pode-se concluir que esse é de fato um direito da criança e do adolescente, não um direito exclusivamente dos ascendentes, visto que não é uma faculdade destes exercê-lo ou não, configurando-se no atual cenário social e jurídico, como um dever, uma obrigação, um ato de fazer frente ao filho, que necessita e depende da convivência para a formação do seu caráter e da sua individualidade pessoal, a qual reflete sobre toda sua vida humana.

2. DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E SUAS CARACTERÍSTICAS

Os direitos da personalidade “são direitos ínsitos na pessoa” (BITTAR, 2015, p. 35), em consequência de toda a estrutura física, psíquica e moral do ser humano. São direitos originários que os seres humanos adquirem com o nascimento, não necessitando de qualquer ato para a sua aquisição ou pressuposto ulterior (TOBENAS, 1952). Resultam da própria natureza de

pessoa, sendo co-naturais ao sujeito, como o direito à vida, ao corpo, à integridade, à honra e à liberdade (CAPELO DE SOUZA, 1995).

Adriano De Cupis (2004) sustenta em sua obra que a designação de direito da personalidade deve ser reservada apenas aos direitos subjetivos, posto que esses estão em relação com a personalidade da pessoa formando o *minimum* necessário e fundamental ao conteúdo. Em outras palavras, existem alguns direitos que a personalidade precisa para se realizar, pois sem eles ela estaria em uma vulnerabilidade completa, ficando irrealizada.

A personalidade é um conjunto de características próprias do indivíduo, consistindo basicamente na parte intrínseca da pessoa. É, em verdade, um bem no sentido jurídico, sendo o primeiro bem que alguém vem a ter (TALLES JUNIOR, 1982). É por meio da personalidade que a pessoa consegue e poderá adquirir e defender os outros bens envoltos a sua vida (SZANIAWSKI, 2005).

Conforme o ensinamento de Flávio Tartuce (2018, p. 148):

(...), os direitos da personalidade têm por objeto os modos de ser, físicos ou morais do indivíduo e o que se busca proteger com eles são, exatamente, os atributos específicos da personalidade, sendo *personalidade* a qualidade do ente considerado *pessoa*. Na sua especificação, a proteção envolve os aspectos psíquicos do indivíduo, além de sua integridade física, moral e intelectual, desde a sua concepção até sua morte. Esse, na opinião deste autor, é o seu melhor conceito.

Esses direitos subdividem-se em direitos de “esfera individual”, que representam as questões pertinentes aos relacionamentos interpessoais, e direitos de “esfera privada propriamente dita” ou “em sentido estrito”, que significa o âmago, o núcleo existencial de cada pessoa, sua intimidade (BITTAR, 2015). No que tange a esfera intersubjetiva da pessoa em relação a outras que gozam dos mesmos direitos, visualiza-se a possibilidade de certa restrição desses direitos (CANTALI, 2009).

Assim, pode-se entender que a pessoa é considerada em

si mesma por meio de seus aspectos físicos e psíquicos, que devem ser protegidos em sua integridade; e que também é considerada quando integrada na coletividade, visto o respeito e tutela ao direito moral, cultura, honradez e dignidade.

A concepção do atual Direito Civil constitucionalizado se pauta em princípios e cláusulas abertas e as questões que envolvem os direitos da personalidade não se encontram engessadas ou fixas, mas sustentadas pela fundamentação que decorre da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, no qual se coloca a dignidade humana como pilar do estado democrático de direito. “Esse princípio serve, nesse sentido, como bússola do sistema jurídico como um todo [...]” (BITTAR, 2015, p. 36).

Diante da grande dificuldade de se chegar a um consenso terminológico a respeito do que seria a dignidade humana, Ingo Sarlet (2005) tenta de maneira perspicaz conceituá-la em sua doutrina. Para ele a dignidade da pessoa humana é

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2005, p. 59-60).

Fica nítido que a dignidade da pessoa humana é o valor máximo da atual ordem jurídica, e é o mais importante princípio do direito privado e do direito público, que perpassa todas as outras normas, valores e princípios (NERY, 2008), acabando por ocasionar uma releitura da legislação civil, com foco nos direitos da personalidade.

Nesse mesmo entendimento se verifica a existência da denominada cláusula geral da dignidade humana que possibilita o operador do direito, nos casos em que se discuta interesse

existencial da pessoa que não se encontra legislado, à tutela no caso em concreto, o que ocasiona uma flexibilização do direito e uma adequação aos anseios sociais, fazendo com que a legislação se amolde conforme o desenvolvimento social (ZANINI, 2011).

A Constituição Federal de 1988 edifica o direito geral de personalidade por meio de alguns princípios fundamentais que nela se encontram, que são todos derivados de um princípio matriz, sendo este o princípio da dignidade da pessoa humana (SZANIAWSKI, 2005).

Com isso, ordem jurídica nenhuma poderia negar proteção a quem busca o amparo de sua existência, visto que o bem-estar individual tem relevância constitucional, pouco importando a existência ou não de previsão legal protetiva específica, pois a cláusula geral irá abarcar a proteção da pessoa em todos os seus aspectos, protegendo assim a dignidade humana (MORAES, 2006). Esta cláusula, em verdade é o “ponto de referência de todas as situações nas quais algum aspecto ou desdobraimento da personalidade esteja em jogo, estabelecendo nitidamente a prioridade a ser dada à pessoa humana” (DONEDA, 2005, p. 82).

Contudo, é necessário se observar que qualquer direito, independentemente de sua natureza, não será absoluto ou superior aos outros direitos e a dignidade de outra pessoa. E mesmo que façamos a inclusão dos “[...] direitos da personalidade na categoria dos direitos absolutos, [...] observamos que esse enquadramento não é possível quando a absolutidade está relacionada à ilimitabilidade” (ZANINI, 2011, p. 267).

Essa proteção ainda foi descrita por meio do Enunciado 274, aprovado na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal:

Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão

entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação (BRASIL, 2016).

A Constituição Federal de 1988 estipula alguns direitos especiais de personalidade, mas esses não se esgotam simplesmente no artigo 5º, não se limitam a esse único artigo, visto que à proteção da personalidade se estende para toda a ordem jurídica. Esse diploma legal vai muito além deste artigo no que se refere à tutela da pessoa e de sua personalidade, visto que inaugurou na ordem jurídica muitos outros princípios e direitos que, como em todo ordenamento, estão ligados ao princípio mãe, à dignidade humana (SZANIAWSKI, 2005, p. 144).

Não se pode limitar os direitos da personalidade em face do ordenamento jurídico positivo, pois os direitos inerentes ao ser humano não se limitam à letra fria da lei, “o direito não se cinge a normas e, muito menos, a normas positivas” (BITTAR, 2015, p. 39). Em verdade o direito abrange os costumes, a jurisprudência, a moral, os valores sociais e históricos, entre outras inúmeras formas. O direito em sua forma mais pura antecede o Estado, pela própria finalidade deste de proteção à pessoa.

E pelo fato dos direitos da personalidade serem direitos que têm por objeto os modos de ser físicos, psíquicos e morais da pessoa, eles constituem em sua totalidade aquilo que nós somos. “Ora, não se vê porque razão o legislador deveria limitar-se a proteger a categoria do ter, deixando de fora a categoria do ser, tanto mais que esta última abraça, precisamente, como já se disse, os bens mais preciosos relacionados à pessoa” (DE CUPIS, 2004, p. 31). São direitos nitidamente essenciais para qualquer pessoa e formam a medula da personalidade (BITTAR, 2015).

Os direitos da personalidade se mostram como direitos na perspectiva relacional com o outro e qualificam-se por essa identificação entre o sujeito e o outro (DE CUPIS, 2004). “Personalidade é um conjunto das qualidades e relações que determinam a pessoa em si mesma e em função da participação na ordem do ser, de forma única e singular” (GONÇALVES, 2008,

p. 64).

Assim sendo, pode-se extrair do que foi explanado que os direitos da personalidade são direitos inerentes à pessoa, pelo simples fato de ela ser pessoa. E esses direitos se encontram ligados de forma intrínseca à dignidade humana, que tem como principal objetivo a preservação de seu núcleo. Todavia, esses direitos se perfazem em dois aspectos, interior e exterior, estando muito mais vinculados às relações humanas interpessoais do que propriamente algo intrínseco.

3. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE E A CONVIVÊNCIA FAMILIAR COMO PRINCIPAL GARANTIDOR

Para que se tenha a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana é necessário que sua autuação se faça de modo bifrontal, em perspectiva protetiva e promocional, assim concretizando o imperativo de assistência através da ação estatal ou coletiva e garantindo, na mesma medida, uma parcela de auto-determinação pessoal para que qualquer pessoa busque sua própria realização, expressão da autonomia privada e da liberdade pessoal (PERLINGIERI, 2002).

“O princípio da dignidade da pessoa humana, aliado aos direitos fundamentais à liberdade e à autonomia privada, assegura o livre desenvolvimento da personalidade” (CANTALI, 2009, p. 223). Todavia, a criança e o adolescente ainda se encontram em um estágio da vida em que estão se moldando e se construindo como pessoas e, por esse motivo, ficam insuscetíveis para lutar e buscar a efetivação de seus direitos de forma individual.

Mesmo com as mudanças de paradigma das famílias o direito de convivência familiar da criança e do adolescente para o genitor que não quer cumprir com seus deveres parentais de conviver com este ainda se mostra deveras insípido e irrealizável

no plano fático. Pois ainda é e se encontra como sendo “um dever sem sanção jurídica, a não ser indireta” (BITTENCOURT, 1984, p. 132), visto eventual ação de indenização de danos morais por abandono afetivo.

Desta forma, o dano à dignidade humana do filho em estágio de formação deve ser passível de reparação material, não apenas para os deveres parentais deliberadamente omitidos não fiquem impunes, mas principalmente, para que, no futuro, quaisquer inclinações ao irresponsável abandono possam ser dissuadidas pela firme posição de Judiciário ao mostrar que o afeto tem um preço muito caro na nova configuração familiar (MADALENO, 2007, p. 128).

O ato de omissão de um dos genitores frente à convivência familiar com o filho é uma violação direta não apenas ao direito de convivência familiar da criança, mas também uma violação de inúmeros direitos da personalidade tipificados e reconhecidos no âmbito jurídico. A título exemplificativo tal ato viola os direitos da personalidade na esfera física (direito à vida, integridade física), psíquica (direito à liberdade, integridade psíquica) e moral (direito à identidade, respeito).

Nos ditames de Fernanda Borghetti Cantali (2009, p. 116):

A violação a qualquer atributo que individualiza a pessoa, tanto na sua dimensão subjetiva como na dimensão social, além da estrita situação de sentimentos que trazem sensações e emoções negativas em intensidade suficiente para caracterizar uma lesão à dignidade humana, gera o dano moral.

O direito de convivência é um “direito recíproco dos pais em relação aos filhos e deste em relação àqueles” (LÔBO, 2008, p. 53). Entretanto, o convívio dos genitores com seus filhos se constitui, antes de tudo, em um direito dos filhos, direito este que garante a continuidade da comunicação com o genitor que não ficou com a sua guarda física, se estendendo ainda a todas as demais pessoas pelas quais o menor criou e tem uma ligação de afeto (MADALENO, 2019).

O interesse do filho, quando se tratar de questões da convivência familiar, é de ordem pública, e deve prevalecer no caso

concreto. O juiz, ao analisar questões pertinentes a esta temática, deve considerar três ordens de fatores: “o interesse da criança, primordialmente; as condições efetivas dos pais, secundariamente; e, finalmente, o ambiente no qual se encontra inserida a criança” (LEITE, 1996, p. 91).

No que se refere ao direito de convivência familiar, este se encontra categorizado como sendo um direito indiscutivelmente fundamental para a pessoa e para sua dignidade. Sílvio Neves Baptista (2008) acredita que o direito de convivência é um direito de personalidade que se colocado junto ao direito à liberdade, posto que o ser humano, em seu exercício, vem a receber as pessoas com quem lhe convém manter a convivência. Baseia-se em concepções principiológicas de direito natural, que coloca ser indispensável ao ser humano este cultivo do afeto, de formar vínculos familiares (GRISARD FILHO, 2014).

Nessa perspectiva do direito de convivência familiar como um direito da personalidade é que se reafirma o entendimento de que a “pessoa é aquele ente que, em virtude da especial intensidade do seu *acto de ser*, autopossui a sua própria realidade antológica em abertura relacional constitutiva e dimensão realizacional unitiva” (GONÇALVES, 2008, p. 64). Pois se é algo extremamente necessário para o ser humano, a ponto de influenciar seu modo de ser, é um direito da personalidade.

Todavia, esse não é o entendimento que se sustenta nesta pesquisa, visto que muitos direitos podem e são necessários para o desenvolvimento da pessoa como ser humano. Pode-se pontuar o direito aos alimentos, à saúde, a um meio ambiente equilibrado, entre muitos outros. Não será simplesmente a característica de essencialidade para a pessoa humana que irá transformar ou categorizar tais direitos como sendo da personalidade.

O que deve se perpetuar no que concerne ao direito de convivência familiar é exatamente esse ponto: a sua essencialidade para a preservação do núcleo de todos os outros direitos, a dignidade humana. A posição de que os direitos da

personalidade seriam direitos inatos e originários (DE CUPIS, 2004) ou a corrente que defende que esses direitos só são adquiridos em face de um sistema jurídico e de uma situação relacional (SZANIAWSKI, 2005) não se amolda no que diz respeito ao direito de convivência familiar, pois esse é um direito que perpassa as duas correntes: é um direito que nasce com a pessoa e que também se perfaz com a relação entre os pais e filhos - e, mesmo assim, não é um direito da personalidade.

Não é um direito da personalidade, pois não está ligado intrinsecamente a questões referentes à pessoa propriamente dita, mas que em verdade possibilita o desenvolvimento de tais. A título de exemplo, a convivência familiar saudável e duradoura possibilita à criança efetivar o direito a sua integridade psicofísica, à honra, ao respeito e ainda ao livre desenvolvimento de sua personalidade. O direito à convivência quase se iguala à dignidade humana em proporção de magnitude e importância para a formação da criança e do adolescente, visto que sem esse direito concretizado, todos os demais se tornam insustentáveis e sem qualquer efetivação.

O cenário jurídico constitucionalizado possibilita que se entenda o dano moral como o dano advindo de qualquer lesão à dignidade da pessoa. Dessa forma, qualquer tipo de “ofensa injusta aos aspectos extrapatrimoniais da personalidade, grave o bastante para atingir a esfera da dignidade humana, mesmo que não enquadrada em uma situação típica de direito subjetivo, é geradora de dano moral” (CANTALI, 2009, p.115).

“Consequentemente, o caráter patrimonial do direito derivado da indenização pelo dano não pode alterar o caráter não-patrimonial dos direitos da personalidade” (DE CUPIS, 2004, p. 37). Logo, referidos direitos têm caráter extrapatrimonial, dado que nenhuma pessoa pode ser reduzida apenas à esfera patrimonial e mesmo que de forma secundária produza consequências econômicas, tal fato não descaracteriza a sua característica de direito extrapatrimonial (ZANINI, 2011, p. 267).

O que realmente importa é a proteção e resguardo afetivo, emocional, pedagógico e psicológico dos filhos. Esses têm o direito de serem criados, educados e assistidos por ambos os pais, mantendo-se a unidade familiar independentemente do vínculo afetivo amoroso entre os genitores. A guarda compartilhada em conjunto de uma efetiva convivência familiar acabaria “resolvendo o aspecto emocional dos filhos que não seriam privados da atenção psicológica de ambos os pais [...]” (MADALENO, 2019, p. 480-481).

Não prosperando assim o entendimento de que “O pai não pode, todavia, ser obrigado a visitar o filho, sob pena de multa. O relacionamento entre pai e filho deve se desenvolver de forma livre e espontânea” (GONÇALVES, 2015, p. 302). Mas sim de que esse é um direito fundamental para o desenvolvimento da criança e do adolescente como um todo, não podendo ficar à mercê da livre vontade do genitor exercitá-lo ou não, visto o atual paradigma jurídico que se vivencia, em que a dignidade humana e os bens inerentes à pessoa como ser são o fundamento de todo o estado democrático.

CONCLUSÕES

Conclui-se com a presente pesquisa que o direito de convivência familiar, popularmente difundido como direito de visitas, é um direito dos ascendentes e de outras pessoas com quem a criança possui algum tipo de vínculo afetivo, e é, principalmente, um direito da criança e do adolescente, que acaba por colocar uma obrigação, um dever jurídico positivo, em face de seus pais.

A convivência familiar é algo de extrema relevância para o desenvolvimento do menor como pessoa, visto que o aspecto relacional é um dos atributos da personalidade humana, não se perfazendo em sua plenitude apenas em si mesmo, mas necessitando neste ponto de comunicação, respeito e relacionamento

com as outras pessoas.

Esse direito está quase na mesma equivalência de importância para a pessoa quanto a dignidade desta, visto que sem a efetivação deste direito infanto-juvenil, todos os outros direitos, principalmente os da personalidade, estão prejudicados.

Os direitos da personalidade são direitos da pessoa, direitos que abarcam âmbitos subjetivos e relacionais de cada ser humano. Sem eles, a própria dignidade estaria irrealizável. São direitos que não se esgotam com nenhum rol taxativo do ordenamento jurídico, posto sua natureza de direitos inerentes ao desenvolvimento humano.

Contudo, mesmo com a posição de alguns autores de que o direito de convivência familiar é um direito da personalidade, esse entendimento não parece prosperar, visto que esse direito estaria mais direcionado à efetivação e à proteção dos direitos da personalidade, sendo propriamente um deles.

Sendo assim, o que deve prosperar na ordem jurídica é a garantia da realização da dignidade humana, independentemente da categorização dos direitos. Se fundamentais, originários, humanos, da personalidade, todos visam o mesmo objetivo que é a proteção da pessoa e, principalmente, o valor jurídico de todo ordenamento: a dignidade.

A convivência afetiva familiar visa o mesmo intento, garantindo ao menor o seu desenvolvimento e efetivação de seus direitos, que são atingidos reflexamente de forma negativa caso um dos genitores ou ambos não cumpram seus deveres nos ditames dos padrões sociais normais.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAPTISTA, Sílvio Neves. *Guarda compartilhada*. Recife:

- Bagaço, 2008.
- BARBOSA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BITTENCOURT, Edgar de Moura. *Guarda de filhos*. 3. ed. São Paulo: Leud, 1984.
- BOSCHI, Fabio Bauab. *Direito de visita*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em: 02 jul. 2019.
- BRASIL. IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 274. *Enunciados*. Brasília-DF: Conselho da Justiça Federal, 2016. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>. Acesso em: 01 ago. 2019.
- BRUNO, Denise Duarte. Direito de visita: direito de convivência. In: GRONINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e psicanálise*. São Paulo: Imago, 2003. p. 311-324.
- CABRERA, Carlos Cabral; WAGNER, Luiz Guilherme da Costa Jr.; FREITAS, Roberto Mendes de Freitas Jr. *Direitos da Criança, do adolescente e do Idoso: Doutrina e Legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos de personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. 2009. Porto Alegre, 2008.
- CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995.
- CARDIN, Valéria Silva Galdino; MOCHI, Tatiana de Freitas

- Giovanini. *Criança e adolescentes vítimas de violência familiar*. Brasília, DF: Zakarewicz Editora, 2018.
- DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Campinas: Romana Jurídica, 2004.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. A parte geral do novo Código Civil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Rio de Janeiro, n. 6, p. 71–99, jan./jun., 2005. Disponível em: <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista06/Docente/03.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2019.
- FRAGA, Thelma. *A guarda e o direito à visitação sob o prisma do afeto*. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.
- GOLDSTEIN, Joseph; FREUD, Anna; SOLNIT, Albert J. *No interesse da criança?* Trad. Luis Claudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos de Personalidade*. Coimbra: Almedina, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*. São Paulo: RT. 1997.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito (não sagrado) de visita. In: *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier e Alexandre Alves Lazzarini. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 1996.
- MADALENO, Rolf. *Repensando o Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.
- MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 9. ed. Rio de Janeiro:

- Forense, 2019.
- MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. *Síndrome Da Alienação Parental: Importância Da Detecção - Aspectos Legais E Processuais*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos da personalidade. In: Sarlet, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Dignidade Humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-60.
- NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- NOVAES, Maria Helena. O “maior interesse” da criança e do adolescente face às suas necessidades biopsicossociais. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O Melhor Interesse da Criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- DE OLIVEIRA, José Sebastião. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- DE OLIVEIRA, José Sebastião. A família e as constituições brasileiras no contexto dos direitos fundamentais e da personalidade. *Revista Jurídica Cesumar-Mestrado*, v. 6, n. 1, p. 75-148, 2007.
- OTERO, Mariano C. *Tenencia y régimen de visitas*. Buenos Aires: La Ley. 2012.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*. Traduzido por Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do “melhor interesse da

- criança”: da teoria à prática. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 6, p. 31-49, jul./set. 2000.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SCHEREIBER, Anderson ...[et. al.]. *Código Civil comentado – doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Temas de direito das crianças*. Coimbra: Almedina, 2014.
- SZANIAWSKI, Elimar. *Os direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- TALLES JUNIOR, Goffredo. Direito subjetivo. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, n. 28, 1977-1982.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense e São Paulo: Método, 2015. v. 5.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2019. v. 5.
- TOBEÑAS, José Castan. *Los Derechos de la Personalidad*. Madrid: Réus, 1952.
- WINNICOTT, Donald Woods. *A família e o desenvolvimento individual*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da Personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2011.